

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65352>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Ondernemingsrecht

Mw.mr. C.D.J. Bulten (Van der Heijden Instituut KU Nijmegen)

Periode 1 april – 30 juni 2004

REGELGEVING

Wetsvoorstel aanpassing structuurregeling; code Tabaksblad

Op 14 mei 2004 is het nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor Justitie (*Kamerstukken I*, 28 179, nr. C) vastgesteld. De commissie heeft nog een aantal vragen over de wettelijke verankering van de code Tabaksblad. Artikel 2:391 lid 4 BW bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften kunnen worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag. Deze voorschriften kunnen in het bijzonder betrekking hebben op de naleving van een in AMvB aan te wijzen gedragscode, denk aan een corporate governance code. De naleving van de code Tabaksblad ('pas toe of leg uit') leidt ook tot onduidelijkheid. Indien een aandeelhouder de meerderheid van de aandelen heeft, kan hij feitelijk bepalen dat wordt afgeweken van de code. Dan gaat het niet meer om gewetensvolle taakuitoefening, maar de vraag wie het voor het zeggen heeft.

In zijn nadere memorie van antwoord (nr. D) merkt de minister van Justitie op dat met artikel 2:391 lid 4 BW niet wordt gestreefd naar gebondenheid in juridische zin aan materiële codebepalingen. Het is niet de bedoeling dat besluiten die in strijd met materiële codebepalingen zijn genomen, kunnen worden vernietigd op grond van artikel 2:15 BW. De bepalingen in de code hebben dus geen (pseudo)kracht van wet. Voorts controleert de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') of er in het jaarverslag van een beursgenoteerde vennootschap een paragraaf aan de code Tabaksblad is gewijd. De AFM controleert dus niet of de *inhoud* van die paragraaf blijkt geeft van een goede corporate governance. Nadat op 8 juni 2004 het eindverslag van de vaste commissie voor Justitie is vastgesteld (nr. E) is op 24 juni 2004 nog een nota van verbetering ontvangen (nr. F). Inmiddels is het wetsvoorstel begin juli door de Eerste Kamer aangenomen.

Voorts schrijft de minister van Financiën in een brief aan de Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, 28 165, nr. 15) van 1 april 2004 dat de code Tabaksblad zoveel mogelijk wordt toegepast bij staatsdeelnemingen. De Staat zal, bij vennootschappen waarvan zij aandeelhouder is, nadrukkelijk vragen op welke wijze invulling zal worden

gegeven aan de corporate governance code.

Wijziging Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen ('WFBV')

De WFBV heeft als doel de bestrijding van het oneigenlijk gebruik van buitenlandse rechtspersonen door in Nederland gevestigde ondernemingen, denk aan de bakkerij op de hoek met een Engelse Limited. Als gevolg van de uitspraak van het Hof van Justitie van de EG (HvJEG) in de Inspire Art-zaak (waarover *Katern* 89) moet de WFBV gewijzigd worden. Hiertoe is op 21 april 2004 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend (*Kamerstukken II*, 29 524, nr. 1-3). In Inspire Art zei het HvJEG dat de wet in strijd met de vrijheid van vestiging is. Dit betekent dat de WFBV niet langer mag worden toegepast op vennootschappen uit de EU of EER (Europese Economische Ruimte). In de praktijk past de Kamer van Koophandel de WFBV al niet meer toe bij de inschrijving van een buitenlandse EU- of EER-vennootschap in het handelsregister. Er wordt vaart achter de wetwijziging gezet: inmiddels is het verslag van de vaste commissie voor Justitie (nr. 7) al vastgesteld.

Personenvennootschappen

De huidige wettelijke regeling inzake de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap wordt geheel herzien, zie eerder *Katern* 86 en 88. Inmiddels zijn op 15 april 2004 de nota naar aanleiding van het verslag (nr. 5) en het gewijzigd voorstel van wet (nr. 6) ontvangen. Het uitgangspunt dat de toekomstige titel 7.13 BW van dwingend recht is, wordt verlaten. De regels voor de personenvennootschappen zijn dus van regelend recht, tenzij het dwingend-rechtelijk karakter naar zijn aard uit een wettelijke bepaling voortvloeit. Denk aan de omschrijvingen van artikel 800, 801 en 802. Ook de terminologie van artikel 807 is aangepast. Hierin stond dat een vennoot niet kan beschikken over zijn aandeel 'in de goederen' waartoe de vennootschap (met rechtspersoonlijkheid) gerechtigd is. In het nieuw voorgestelde artikel 807 kan de vennoot niet beschikken over zijn aandeel 'in de vennootschap die rechtspersoon is'. Tot slot een derde belangrijke wijziging: voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid is inschrijving in het handelsregister (art. 802 lid 1) niet langer vereist. Zo sluit de personenvennootschap aan bij Boek 2 BW en wordt rechtsonzekerheid (wat is de status van de vennootschap in de periode tussen het verlijden van de notariële akte en de inschrijving in het handelsregister?) vermeden. De inschrijving in het handelsregister blijft wel verplicht, maar is dus geen constitutief vereiste meer.

Europese Vennootschap (SE)

De Nederlandse wetgever is druk doende de Societas Europea (SE) vorm te geven. Met het wetsvoorstel Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap (*Kamerstukken II*, 29 298) wordt de richtlijn die ingaat op de medezeggenschap en positie van werknemers van een SE, geïmplementeerd. Op 28 april 2004 is de nota van aanleiding van het verslag (nr. 7) ontvangen. Hierin gaat de minister onder meer in op de positie van werknemers van een Nederlandse structuurvennootschap die deelneemt aan de oprichting van een SE. Op dezelfde dag is ook een nota van wijziging (nr. 8) ontvangen. Een van de wijzigingen betreft de EER: een SE kan ook in Noorwegen, Liechtenstein en IJsland worden gevestigd.

Het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap (*Kamerstukken II*, 29 309) gaat in op de keuzemogelijkheden die de verordening biedt. Op 13 mei 2004 werden een nota naar aanleiding van het verslag (nr. 7) en een nota van wijziging (nr. 8) ontvangen. De verordening verplicht Nederland niet tot wijziging van het NV-recht, aldus de nota naar aanleiding van het verslag. Een SE kan binnen het huidige recht kiezen voor een monistische bestuursstructuur. De statuten van een NV kunnen immers een taakverdeling bevatten voor uitvoerende en niet-uitvoerende bestuursleden. Artikel 2:9 BW bepaalt vervolgens wat er gebeurt indien een bestuurder zijn taak niet naar behoren vervult.

De verordening inzake de SE is overigens aangepast in verband met de toetreding van nieuwe lidstaten tot de EU, zie Verordening (EG) nr. 885/2004, *PbEG* 1 mei 2004, L 168, p. 1-13.

Rapport flexibilisering BV-recht

Op 6 mei 2004 is het rapport 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht' van de expertgroep uitgebracht. De expertgroep wordt gevormd door personen uit wetenschap en praktijk en is door de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken ingesteld om de huidige knelpunten in het BV-recht te inventariseren én oplossingen voor die knelpunten aan te dragen. In het rapport wordt in vijf hoofdstukken (Inleiding, Orgaanstructuur en bevoegdheden organen, Beslotenheid, aandelen en certificaten, Kapitaal en vermogen en Overige onderwerpen) het gehele wel en wee van een BV tegen het licht gehouden en becommentarieerd. De expertgroep is van mening dat het uitgangspunt voor het BV-recht 'minder dwingend en meer regelend recht' moet zijn. De aandeelhouders moeten meer vrijheid hebben de BV in te richten zoals zij wensen. Zo kan bijvoorbeeld de verplichte blokkeringsregeling vervallen en moet meervoudig stemrecht mogelijk zijn. Inmiddels

bereidt de wetgever aan de hand van het rapport een wetsvoorstel voor. Het rapport is te vinden op www.deflexbv.ez.nl.

Effectenrecht

Op 1 maart 2004 is de wet Toezicht trustkantoren ('Wtt') in werking getreden (zie *Katern* 91). Een aantal categorieën trustkantoren wordt vrijstelling verleend van de vergunningplicht van artikel 2 Wtt in de Vrijstellingsregeling Wtt, *Stcrt.* 22 april 2004, nr. 77, p. 16.

De verantwoordelijkheid van financiële dienstverleners (bemiddelaars, aanbieders en adviseurs) en de bescherming van de consument worden wettelijke vastgelegd in een nieuwe wet, de Wet financiële dienstverlening ('Wfd'). In de Wfd staan een aantal kwaliteitskenmerken en gedragsregels waaraan een financiële dienstverlener moet voldoen. De financiële dienstverlener behoort deskundig en betrouwbaar te zijn, hij moet adequate informatie verstrekken en dient de consument zorgvuldig te adviseren. Het toezicht op de naleving van de Wfd komt in handen van de AFM. Naast het wetsvoorstel (*Kamerstukken II*, nr. 29 507, nr. 1-2) en de memorie van toelichting (nr. 3) is ook het advies van de Raad van State en het nader rapport (nr. 4) op 3 april 2004 aan de Tweede Kamer gezonden. Een maand later, op 3 mei 2004, is een nota van verbetering (nr. 5) ontvangen. Vervolgens schrijft de minister van Financiën in een brief (nr. 6) dat de Wfd een kaderwet is. De verplichtingen kunnen in lagere regelgeving, zoals een Besluit financiële dienstverlening, worden opgenomen.

De voorbereidingen voor de fusie tussen De Nederlandsche Bank ('DNB') en de Stichting Pensioen- en Verzekeringskamer ('PVK') zijn in volle gang. Op 22 maart 2004 is het verslag van de vaste commissie van Financiën (*Kamerstukken II*, 29 411, nr. 5) vastgesteld. De daarin gestelde vragen worden door de minister van Financiën beantwoord in de nota naar aanleiding van het verslag (nr. 6). Met een amendement (nr. 7) wil Heemskerk bewerkstelligen dat de fusie tussen DNB en PVK al in 2006 in plaats van 2008 geëvalueerd wordt.

Tot slot vermeld ik nog de vaststelling van het Verslag van een algemeen overleg over de hervorming van het toezicht op de financiële marktsector (*Kamerstukken II*, 28 122, nr. 20).

RECHTSPRAAK*Openbaar bod Air France/KLM*

In een kort geding heeft de Vereniging van Effectenbezitters ('VEB') van zowel de KLM als Air France gevorderd de aanmeldingstermijn voor

het openbaar bod (de termijn waarin de KLM-aandeelhouder kan besluiten het bod van Air France te accepteren en zijn aandelen 'aan te melden') te verlengen. Zults was volgens de VEB nodig omdat de aandeelhouders van KLM onvoldoende informatie hebben ontvangen om een weloverwogen oordeel te kunnen vormen over het bod van Air France. Zou zouden de jaarcijfers over 2003 drie dagen na het sluiten van de aanmeldingstermijn worden gepubliceerd en wordt op vragen van de VEB geen antwoord gegeven. Het verplichte prospectus (biedingsbericht, zie art. 6a Wte 1995) van Air France was volgens de VEB niet voldoende.

De voorzieningenrechter weigert evenwel op 29 april 2004 (*JOR* 2004/174 m.nt. M.P. Nieuwe Weme) de aanmeldingstermijn te verlengen. Artikel 9i Bte 1995 vermeldt welke gegevens het biedingsbericht moet bevatten. Het artikel schrijft niet voor dat ook toekomstige gegevens later opgenomen moeten worden. De aanmeldingstermijn behoeft hiermee dus geen rekening te houden. Bovendien wordt de aanmeldingstermijn vastgesteld door Air France (art. 9o Bte 1885). Het verwijt aan het adres van KLM dat zij te weinig informatie heeft gegeven aan haar aandeelhouders, kan derhalve nimmer leiden tot verlenging van die termijn. De informatie die KLM wel moet geven, is opgesomd in artikel 9q Bte 1995. KLM (de doelvennootschap) moet een aandeelhoudersvergadering beleggen om het bod te bespreken. Hierbij moet zij bepaalde gegevens verstrekken, zie lid 2 sub b. De conceptcijfers over het vierde kwartaal van 2003 vallen hier echter niet onder, aldus de rechter. Bovendien is de vraag of die conceptcijfers al wel 'beschikbaar' waren in de zin artikel 9q lid 2 sub b Bte 1885. De afloop is inmiddels bekend: KLM is verworden tot 'Le Royale'. Air France heeft nu ruim 95% van de gewone aandelen in handen.

Financiële steunverlening

Een BV had geld geleend van de bank en hiervoor zekerheden (pandrecht op goederen en vorderingen) aan de bank verstrekt. Vervolgens werd een deel van dit geld 'doorgeleend' aan een derde. De derde koopt nu, met dit geld, aandelen in de BV. Is deze 'doorleenconstructie' in strijd met het financieel steunverbod van artikel 2:207c BW? In zijn arrest van 7 mei 2004 (*JOR* 2004/161 m.nt. S.M. Bartman) heeft de Hoge Raad hier antwoord op gegeven. Een van de absolute verboden (lid 1) is het stellen van zekerheid door de BV. De Hoge Raad overweegt (ro. 3.4.4.) dat het belang dat met lid 1 beschermd wordt, de instandhouding van het kapitaal van de vennootschap is. Dat belang wordt rechtstreeks geraakt indien de vennootschap zekerheden verstrekt voor leningen van

anderen. Omdat de BV in casu zekerheid stelt voor haar *eigen* leenschuld, valt dit niet onder het absolute verbod van lid 1. De lening aan de derde valt 'gewoon' onder lid 2 en is, met inachtneming van de in lid 2 opgesomde vereisten omstandigheden, toegestaan. Zie ook de instructieve conclusie van A-G Timmerman.

Enquêterecht; onmiddellijke voorzieningen; duur procedure

Een uitspraak waarvan men in de praktijk enigszins zenuwachtig is geworden, is de beschikking van de Ondernemingskamer (OK) van 16 april 2004, *ARO* 2004, 56. De vennootschap NIBO heeft bekend gemaakt dat zij een lening uitschrijft onder haar aandeelhouders. De overeenkomst van geldlening bevat onder meer de bepaling dat de crediteur (lees: aandeelhouder) de lening kan opeisen indien de leden van de raad van commissarissen ('RvC') en/of het bestuur uit hun functie worden ontheven. Soortgelijke voorwaarden worden in de praktijk vaker overeengekomen bij een geldlening.

De OK wordt thans echter verzocht een onmiddellijke voorziening te treffen (art. 2:349a lid 2 BW) en de lening met deze voorwaarde te 'verbieden'. Aan dit verzoek geeft de OK gehoor. Zij is van mening dat de voorwaarde 'minst genomen als ongebruikelijk kan worden betiteld'. De bepaling is echter geen *change of control*-beding. Bij een *change of control*-beding is volgens de OK niet de verhouding tussen organen van de vennootschap, maar een wisseling in de samenstelling van de vergadering van aandeelhouders ('AVA') aan de orde. In casu gaat het om de beperking van de beslissingsruimte van een orgaan van de vennootschap. Immers, de AVA (waarin de geldleners zitten) is bevoegd tot ontslag van het bestuur en de RvC. Indien een besluit (van de AVA) tot ontslag van leden uit het bestuur of RvC wordt genomen, brengt dat het risico met zich dat de geldlener zijn lening aan de vennootschap opeist. Het aanbieden van de lening wordt door de OK verboden voor de duur van het geding. En tot wanneer duurt nu het geding? Volgens vaste rechtspraak, aldus de OK, strekt het geding zich allereerst uit tot het moment waarop de termijn van artikel 2:355 lid 2 BW (twee maanden na nederlegging enquêteverslag) is verstreken. Wordt binnen die twee maanden een verzoek ex artikel 2:355 lid 1 BW ingediend, dan duurt het geding tot de afloop van de met dat verzoek in gang gezette 'wanbeleid-procedure'.

LITERATUUR

Tien jaar na zijn overlijden en twintig jaar nadat

hij met emeritaat is gegaan, zijn de Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten verschenen. Van der Grinten behoort tot de belangrijkste autoriteiten van het moderne ondernemingsrecht. Zie C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 77), Deventer: Kluwer 2004.

Tot slot noem ik:

- K. Frielink, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2004;
- P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquête-recht, Analyse van de relevante rechtspraak* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 46), Deventer: Kluwer 2004;
- J.H. Huidink, *De juridische fusie*, Deventer: Kluwer 2004;
- M. Josephus Jitta e.a., *The Companies and Business Court from a comparative law perspective* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht RU Groningen, deel 41), Deventer: Kluwer 2004;
- M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 45), Deventer: Kluwer 2004;
- R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder* (Serie Onderneming en Recht, deel 27), Deventer: Kluwer 2004;
- Moelker, *Hervorming financiële toezichtwetgeving*, Deventer: Kluwer 2004;
- G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 75), Deventer: Kluwer 2004;
- M.S. Koppert-Van Beek, *Handelen namens een op te richten vennootschap* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 73), Deventer: Kluwer 2003. ✱